

University of Groningen

**Strafproces en feitsbegrip of Hoe de inrichting van het strafproces de uitleg van de regel ne bis in idem kleurt**

van Hattum, W.F.

*Published in:*

Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

van Hattum, W. F. (2007). Strafproces en feitsbegrip of Hoe de inrichting van het strafproces de uitleg van de regel ne bis in idem kleurt. In P. B.F. Keulen, P. G. Knigge, & M. H.D. Wolswijk (editors), *Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong* (blz. 117-135). Wolf Legal Publishers.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Strafproces en feitsbegrip of Hoe de inrichting van het strafproces de uitleg van de regel *ne bis in idem* kleurt

W.F. VAN HATTUM<sup>o</sup>

‘The history of the rule against double jeopardy  
is the history of criminal procedure’<sup>1</sup>

## 1. Communicerende vaten

Wie zich verdiept in de *ne bis in idem*-regel in artikel 68 Sr komt al snel tot de conclusie dat de samenhang met het procesrecht groot is. Het is zelfs de vraag of de bepaling zelf geen regel van procesrecht is. Deze vraag is op 14 december 1870 door de leden van de Commissie De Wal uiteindelijk negatief beantwoord en daarom staat de regel nu in het wetboek van strafrecht.<sup>2</sup> Bepalend achtte de commissie dat het verbod van vervolging na een ‘*res judicata*’ de vraag aan de orde stelt of er wel een ‘actie’ bestaat. Deze vraag diende, met verwijzing naar het civiele recht, beschouwd te worden als één van materiële aard, net zoals die naar het bestaan van strafmacht en oorzaken van verval van strafvordering, zoals verjaring en de dood van de verdachte.<sup>3</sup>

Samenhang met het procesrecht komt in de tweede plaats tot uitdrukking in de wettekst zelf. Art. 68 Sr bepaalt namelijk de verhouding tot het bijzonder rechtsmiddel van herziening (art. 68 lid 1) en tot wijziging van de telastelegging (art. 313 Sv). Maar daar blijft het niet bij. Artikel 68 Sr staat in voortdurende wisselwerking met het strafproces. Zo wordt de toepassing van artikel 68 Sr onder meer beïnvloed door de regeling van de absolute en relatieve competentie van de strafrechter en de vervolgingsvrijheid en de organisatie van OM en politie. Dit wordt o.a. door Krab-

---

<sup>o</sup> Universitair docent straf(proces)recht Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>1</sup> M.L. Friedland, Faculty of Law University of Toronto; *Double Jeopardy*, Oxford: Clarendon Press 1969, openingszin.

<sup>2</sup> *Notulen van de Staatscommissie belast met de samenstelling van een wetboek van strafrecht (1870-1875)*, deel I, p. 105. De regel stond tot 1886 in art. 218 Sv 1838.

<sup>3</sup> *Notulen I*, p. 101; (vervolgens) ‘wordt tenslotte de eerste vraag Sub XII a (nl. of territoriale rechtsmacht, het klachtvereiste en samenloop tot het strafrecht behoren, wvh) met algemeene stemmen en zonder eenig voorbehoud bevestigend beantwoord in overeenstemming met art. 19 al. 2 F Ontw. Strafv. *Nog wordt besloten ook het eerste lid van dit artikel (verval van strafvervolgging door res judicata van den Nederlandschen regter) mutatis mutandis in het wetboek te reproduceren*’ (mijn curs. wvh).

be overtuigend aangetoond, ook weer in deze bundel.<sup>4</sup> Ik sluit mij graag bij zijn bevindingen aan, en wil daar nog iets aan toevoegen. De samenhang tussen het verbod van een tweede vervolging en de inrichting van het strafproces gaat namelijk verder dan de mate waarin dubbele vervolging kan plaatsvinden en – daaruit voortvloeiend – de mate waarin een beroep op het verbod van een tweede vervolging wordt gedaan. Niet alleen *de toepassing* van het verbod van herhaling is afhankelijk van de inrichting van het strafproces, ook *de gestrengheid* waarmee dat verbod wordt gehanteerd, is daarvan afhankelijk. Aangenomen dat dit waar is, kan deze vaststelling inzicht geven in de wijze waarop wij het *ne bis in idem*-beginsel – en daarvan in het bijzonder het feitsbegrip – tegemoet moeten treden.

Ik geef een – niet geheel hypothetisch – voorbeeld om de stelling te verduidelijken. Indien de competentie van de strafrechter niet toelaat dat hij een samenhangend feit (de overtreding, het misdrijf, het fiscale delict) zelf afdoet, omdat daar een andere rechter voor is aangewezen, dan mag de wel bevoegde rechter niet gehinderd worden door het verbod van een tweede vervolging. Hij zal in staat moeten worden gesteld de met de eerdere telastelegging samenhangende zaak af te doen, eventueel door hantering van een enger feitsbegrip. Denk aan Tavernes toorn<sup>5</sup> over de uitkomst van het proces tegen de vrachtautochauffeur op de brug te Nederhemert.<sup>6</sup> Omdat de overtreding (van de Veewet) onherroepelijk was afgedaan, bleef het misdrijf (poging tot doodslag op de veldwachters) onbestraft. De toepassing van *ne bis in idem* moet dan ook worden gezocht in het streven naar een evenwichtig strafproces met een uitkomst die past binnen de eisen van gerechtigheid en rechtszekerheid. Met gerechtigheid doel ik op een maatschappelijk aanvaardbare uitkomst van het strafproces en met rechtszekerheid het bestaan van garanties voor het individu tegen willekeurige vervolging én het bestaan van een stabiele strafrechtspraak, waarin – uit oogpunt van vereist vertrouwen in de rechterlijke macht – aan het gewijsde het nodige gezag wordt toegekend.<sup>7</sup> Deze factoren gezamenlijk kunnen worden be-

---

<sup>4</sup> H.G.M. Krabbe, 'Het feit in de *ne bis in idem*-regel tussen 1886 en 1932: de verrassende opvatting van de Hoge Raad', in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling, Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 331-346, i.h.b. p. 338 e.v. en H.G.M. Krabbe, 'Waarom het *ne bis in idem* van art. 68 lid 1 Sr vrijwel niet meer wordt toegepast', in *deze bundel*.

<sup>5</sup> Noot onder HR 27 juni 1932, NJ 1932, 1659 (Brakelse Kermis). Zie ook Krabbe 2005 (*supra* noot 4), p. 340.

<sup>6</sup> Hof Arnhem, 1 oktober 1931, NJ 1932, 908 (Brug te Nederhemert).

<sup>7</sup> G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 197 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 500, noemen in de eerste plaats 'rechtvaardigheid en redelijkheid' als grondslagen van het beginsel. Hierin komt naar mijn mening onvoldoende tot uitdrukking dat de toepassing van de regel ook maatschappelijk draagvlak moet hebben en daarom gebruik ik het woord 'gerechtigheid'.

schouwd als ‘*de strekking van art. 68*’<sup>8</sup> of ‘*het beginsel van het artikel*’<sup>9</sup> waarop de Hoge Raad zich bij de toepassing van het ne bis idem-beginsel beroept. Om met die *ratio* praktisch uit de voeten te kunnen, is hij gejuridiseerd en – voor wat betreft de uitleg van het feitsbegrip –<sup>10</sup> samengebond in de haast sacrale formule: ‘*of de feiten zijn begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en in de schuld van de dader, dat de strekking van art. 68 Sr meebrengt, dat de feiten in de zin van deze bepaling als hetzelfde feit zijn aan te merken*’. Daarmee is een werkbaar handvat gegeven, mogelijk hanteerbaarder dan Van Bemmelen, die sprak van ‘een hermaphrodit tussen feit en strafbaar feit’, voor mogelijk heeft gehouden.<sup>11</sup> Het feitsbegrip ligt in deze formule echter niet vast. Dat kan ook niet, want gelet op de *ratio* van de regel zal de inkleuring van het verbod van een tweede vervolging wegens hetzelfde feit afhankelijk blijven van de kleur die het procesrecht aanneemt. Dit procesrecht streeft immers dezelfde doelen na als het ne bis in idem-beginsel.

Ik zal het bovenstaande toelichten aan de hand van een paar voorbeelden. Het eerste is ontleend aan de historie van de Franse juryrechtspraak (*Frankrijk*, par. 2). Het tweede, met meer dan een enkele knipoog naar vriend, collega en leermeester Dirk Herman de Jong, aan de ontwikkeling van de grondslagleer in Nederland (*Nederland*, par. 3). Het derde voorbeeld is de inrichting van het strafproces in Duitsland (*Duitsland*, par. 4) en het vierde de invulling van het internationale ne bis in idem door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (*Schengen*, par. 5). Ik zal afsluiten met de meest recente wijziging van het procesrecht die naar mijn mening van invloed is op de uitleg van het feitsbegrip in art. 68 Sr, namelijk de verruiming van de mogelijkheid om de telastelegging<sup>12</sup> te wijzigen (*De consequentie van de wijziging van art. 313 Sv*, par. 6). Dan volgt een samenvatting met conclusie (*Samenvatting*, par. 7).

<sup>8</sup> HR 21 november 1961, NJ 1962, 89, m.n. BVAR (Emmense bromfietser); HR 5 februari 1963, NJ 1963, 320, m.n. BVAR (Van der Does de Willeboissingel); HR 17 december 1963, NJ 1964, 385, m.n. WP (Joyriding I).

<sup>9</sup> HR 17 december 1963, NJ 1964, 385, m.n. WP (Joyriding I).

<sup>10</sup> De formele component van het beginsel, de vraag in welke gevallen van een definitieve afdoening kan worden gesproken, laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

<sup>11</sup> ‘Het is echter maar de vraag of het mogelijk is een dergelijk kunstmatig begrip te vormen, dat het midden houdt tussen feit, de materiele handeling, en het strafbaar feit, zooals het in de strafwet staat omschreven. En, zoo ja, wat of dan het criterium is voor deze hermaphrodit tussen feit en strafbaar feit.’ Van Bemmelen, *WvR* 1934, 12737, p. 2, 3<sup>e</sup> kolom.

<sup>12</sup> In navolging van D.H. de Jong zal in deze bijdrage de spellingswijze worden gebruikt die hij het meest juiste achtte, namelijk zoals men het woord uitspreekt; zie zijn proefschrift *De macht van de telastelegging in het strafproces* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint, noot 2.

## 2. Frankrijk

Heel duidelijk komt de wisselwerking tussen de inrichting van het proces en het verbod van een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit naar voren in de eerste levensjaren van de Franse juryrechtspraak. Juryrechtspraak, die in de Franse revolutie symbool stond voor de afrekening met rechterlijke willekeur, immers uitdrukking gaf aan de stem van het volk. De stem van het volk en dus het vonnis van de jury was soeverein en diende boven alles staan. Daarom geen rechtsmiddelen tegen de uitspraken van de jury én geen tweede vervolging na een vrijspraak door de jury. Deze laatste regel kwam expliciet in de Constitutie van 1791 te staan, direct na de regeling van de jury.<sup>13</sup>

De koppeling van de ne bis-regel aan de juryrechtspraak heeft verschillende consequenties gehad. In de eerste plaats diende de vraag zich aan of de regel gelijke gelding had in de lagere rechtspraak.<sup>14</sup> Deze vraag is altijd positief beantwoord en wel omdat de regel reeds vaste voet had in het aloude beginsel van *chose jugée*.<sup>15</sup> Een zaak waarover was geoordeeld bij onherroepelijk vonnis was onveranderlijk. Daarin mocht ook een tweede procedure geen verandering brengen. De nieuwe ne bis-regel, die van 1791, kreeg dan ook algemene gelding, ook na een veroordeling en ook in de lagere rechtspraak. Dat is de situatie die tot aan de dag van vandaag voortduurt.<sup>16</sup> In de tweede plaats – en dat is voor mijn betoog van meer belang – leidde de inrichting van het juryproces aanvankelijk tot een ruime en later tot een strenge uitleg van het feitsbegrip in het verbod van een tweede vervolging. In de derde plaats

<sup>13</sup> Constitution 4 september 1791, t. II, ch. VIII, art. 9 Article 9. - *En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. - Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. - L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs. - Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. - L'application de la loi sera faite par des juges. - L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil. - Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.* De regel werd overgenomen in de Loi de la Constituante sur la procédure criminelle et l'établissement des jurés, 1791, 2me partie, titre VIII, art. 3: *Tout particulier ainsi acquitté ne pourra être repris ni accusé pour raison du même fait*, en is vier jaar later terecht gekomen in de Code de 3 brumaire an IV (25 octobre 1795), art. 426: *Tout individu ainsi acquitté ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.*

<sup>14</sup> De lagere rechtspraak was na de instelling van de jury eerst alleen belast met de berechting van de aller-lichtste feiten. Pas later is de bevoegdheid uitgebreid. Hierover L.Privey, *L'introduction du jury dans la Procédure Criminelle Française* (diss. l'université de Paris), Paris: Bonvalot-Jouve 1906.

<sup>15</sup> Dit beginsel was weliswaar onder het Ancien Régime praktisch buiten werking gesteld, maar het werd wel algemeen erkend.

<sup>16</sup> Pradel, noot onder Meyer, *Chambre criminelle* 8 oktober 1959, in J. Pradel et A.Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel, tome 2, Le procès, La sanction*, Paris: Dalloz 1998, p. 324-328.

was het de vraag of de lagere rechtspraak die gewijzigde opvatting over het feitsbegrip moest volgen. Op dat laatste punt ga ik later nog kort in. Eerst bespreek ik het tweede: de omslag in de uitleg van het feitsbegrip.

Aanvankelijk werd het juryproces zo ingericht dat de jury naar aanleiding van de aanklacht het telastegelegde delict, inclusief alle omstandigheden waaronder dat was begaan, onder alle ter zake mogelijke juridische kwalificaties kon, en moest onderzoeken.<sup>17</sup> Het verbod van een tweede vervolging voor hetzelfde feit werd – corresponderend met dat ruime onderzoek – ruim uitgelegd. Men hanteerde dus over de gehele linie een materieel feitsbegrip. Dat gaf een verdachte grote mate van bescherming, en dat was ook precies de bedoeling. De inzet van de wijziging van het strafproces was immers om af te rekenen met eeuwenlange justitiële willekeur.

Onder de Code d'Instruction criminelle van 1808 (Cic) echter ging het Franse Hof van Cassatie dezelfde regel<sup>18</sup> anders interpreteren.<sup>19</sup> De Code bond de jury strikt aan de beantwoording van de door de rechter opgegeven vraag, en dit was niet een vraag naar de feiten, maar naar de kwalificatie van het feit.<sup>20</sup> De reden hiervoor lag waarschijnlijk in de wens om de jury – hoe soeverein ook, of juist daarom – enigszins in toom te houden.<sup>21</sup> De vraag was dus niet of de feiten zo waren als ze telaste waren gelegd, maar of de verdachte schuldig was aan 'moord'. Deze vraag mocht slechts met een 'ja' of 'nee' worden beantwoord. Er was geen ruimte voor een oordeel over de vraag of er onder de geschetste omstandigheden misschien sprake was geweest van doodslag of dood door schuld, tenzij daar expliciet naar was gevraagd. Was daar niet naar gevraagd dan moest na vrijspraak van 'moord' de mogelijkheid openstaan om de verdachte eventueel voor doodslag of dood door schuld te vervolgen. Dat was de reden voor een engere uitleg van het feitsbegrip. De *juridische kwalificatie* van het telastegelegde feit werd – als gevolg van een wijziging in het juryproces – doorslaggevend voor de vraag of er sprake was van hetzelfde feit.<sup>22</sup> Deze formele maatstaf heeft het Cour de Cassation nog in 1954 gehanteerd. In dat jaar oordeelde

<sup>17</sup> R. Garraud et P. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, deel 6, Parijs 1929, par. 2284 en 2285.

<sup>18</sup> Art. 360 Cic 1808: *Toute personne, acquittée légalement, ne pourra reprise ni accusée à raison du même fait.*

<sup>19</sup> De zaak Diffis, CdC 29 oktober 1812, M. Merlin, *Répertoire*, Brussel 1827, p. 261.

<sup>20</sup> Garraud 1929 (*supra* noot 17), par. 2286.

<sup>21</sup> J. Imbert, 'Les jurys criminels sous la Terreur', in *Les destinées du Jury criminel. Textes réunis et présentés par R. Martinage et J.-P. Royer*, Hellemmes: ESTER éditions 1990, p. 29-38.

<sup>22</sup> Het arrest Diffis wordt besproken door Garraud 1929 (*supra* noot 17) p. 233 en p. 244, A. Esmein, *Histoire de la Procédure Criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris: Larose et Forcel 1882, p. 570 en J.M. van Bemmelen, 'Nemo debet bis vexari', *WvliR* 1934, 12737, p. 2, 2e kolom.

het Franse Hof het OM ontvankelijk in de vervolging van een verdachte wegens moord op zijn vrouw, hoewel die verdachte al was veroordeeld voor schuld aan haar dood.<sup>23</sup> Aanleiding voor de tweede vervolging was, dat de veroordeelde in de gevangenis aan een medege-detineerde had verteld dat hij zijn vrouw niet per ongeluk, maar met opzet in haar bed had laten verbranden. Deze jurisprudentie lijkt nog steeds niet geheel verlaten<sup>24</sup> – ondanks de wetswijziging in 1958 die een louter kwalificatieve benadering van het feitsbegrip verbiedt.<sup>25</sup>

Opmerkelijk is dat de Franse *lagere* rechtspraak ook na 1812, het moment waarop het Franse Hof van Cassatie zijn uitleg wijzigde, een ruim feitsbegrip is blijven hanteren. Volgens Garraud was de reden hiervoor dat deze rechters – de *tribunaux de police simple* en *correctionnelle* – geacht werden het feitencomplex in al zijn aspecten te onderzoeken én dat het wetboek daarop ook was ingericht: *C'est à cause des pouvoirs et des devoirs des tribunaux de police simple et correctionnelle, consacrés par les articles 159 à 161, 191 à 193, 212 à 214 du Code d'instruction criminelle, que nous avons admis, contrairement d'ailleurs à la jurisprudence, l'impossibilité d'une poursuite nouvelle sous qualification différente du fait ayant été l'objet d'une relaxe prononcée par l'une de ces juridictions.*<sup>26</sup> De artikelen die Garraud aanhaalt, geven de rechter de bevoegdheid naar een andere rechter te verwijzen als blijkt dat de zaak ernstiger bleek te zijn dan zich aanvankelijk liet aanzien. Het verschil in benadering van het feitsbegrip in de ne bis in idem-regel wordt door Garraud dan ook toegeschreven aan het verschil in inrichting van het juryproces bij het Cour d'assises en het strafproces voor de lagere rechtbanken.

### 3. Nederland

De Franse Code was hier te lande in 1811 ingevoerd en omdat men er nog niet in geslaagd was het eigen wetboek<sup>27</sup> te laten aannemen, is de Code na het terugtrekken van de Fransen in 1813 behouden. Ondanks toepasselijkheid van het Franse

<sup>23</sup> Zaak Thibaud (CdC 25 maart 1954), besproken door: J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel, tome 2, Le procès, La sanction*, Paris: Dalloz 1998. G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure Pénale*, Paris: Dalloz 2000, p. 904, opperen de mogelijkheid dat de uitspraak tot doel had een 'erreur judiciaire' te corrigeren. Zij signaleren tevens dat het procesrecht voor de lagere rechtbanken tot een andere invulling van het feitsbegrip zou kunnen leiden.

<sup>24</sup> Stefani 2000 (*supra* noot 23), p. 904.

<sup>25</sup> Art. 368 Code de Procédure Pénale: *Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente.*

<sup>26</sup> Garraud, 1929 (*supra* noot 17) p. 241.

<sup>27</sup> *Algemeene manier van procederen in civiele en crimineele zaaken, met de daartoe behorende instructien: Gearresteerd by decreet van het Vertegenwoordigend Lighaam des Bataafschen volks, op den 22. augustus 1799*, Den Haag: 's Lands Drukkerij 1799, met Voorreden en Alphabetisch Register van Joannes van der Linden, Leyden: A. en J. Honkoop 1800.

recht ontwikkelde de rechtspraak van de Hoge Raad zich in een andere richting dan die van het Cour de Cassation. De Hoge Raad hanteerde juist een ruim feitsbegrip, te herleiden tot de materiële gebeurtenis.<sup>28</sup> Dat lag niet aan de wettelijke ne bis in idem-regel, want die was, ook na de invoering van het wetboek van strafvordering van 1838, zo goed als gelijk aan die in de Code.<sup>29</sup> Ook het strafproces als geheel bleef grotendeels gelijk aan het Franse recht. Alleen de jury was vrijwel direct na het aantreden van Willem I als Soeverein Vorst afgeschaft.<sup>30</sup> Het lijkt een kleine operatie maar het heeft strafproces als geheel beïnvloed. Ook het verschil in interpretatie van het feitsbegrip lijkt daarmee te maken te hebben gehad. Door de afschaffing van de jury golden immers ook de op de juryrechtspraak betrekking hebbende regels van strikte gebondenheid aan de voorgelegde vraag niet meer. De voortzetting van het hanteren van een ruim feitsbegrip werd dus niet gehinderd door een bij een jury horende regelgeving. Daarentegen golden tot 1838 wel dezelfde verwijzingsregels zoals die voor de Franse lagere rechters bestonden. Dat betekende dat die lagere rechter het materiële feit in al zijn juridische aspecten onderzocht.

Afgezien van het processuele aspect bestond er politiek gezien ook reden om aan het ruime feitsbegrip vast te houden. De ruime uitleg betekende immers een grotere rechtsbescherming voor het individu. Het lijkt aannemelijk dat aan die rechtsbescherming werd vastgehouden nu die zo lang bevochten was. Vanaf de Staatsregeling van 1798 was al behoefte gevoeld om een halt toe te roepen aan de onder het inquisitoire proces ingesloten praktijk om zaken eindeloos te heropenen. Dat gebeurde dan onder het mom van een soort tussenvonnis waarin werd besloten de zaak wegens gebrek aan bewijs (van onschuld, wel te verstaan) te laten rusten. Dit tussenvonnis werd een *absolutio ab instantia* genoemd. Men kan er nog over lezen bij Van Hamel en Van Dijk, 1927.<sup>31</sup> Deze praktijk was gebaseerd op de Criminele Ordonnantien van koning Philips II van 1570, en was anno 1806 'schoon niet alomte, nogtans hier en daar binnen dit koninkrijk (nog steeds, wvh) in gebruik'.<sup>32</sup> De Ordonnantien, en daarmee de gesignaleerde praktijk van heropening van straf-

<sup>28</sup> Bijv. HR 27-10-1846, *Wvhr* 786. Over het verschil tussen de Franse en de Nederlandse opvatting over het feitsbegrip zie J.M.van Bemmelen, 'Nemo debet bis vexari', *Wvhr* 1934, 12736, 7 en 8.

<sup>29</sup> Art. 218 Sv 1838 luidde: *Een ieder die vrijgesproken is, kan ter zake van hetzelfde feit niet weder in regten worden betrokken.*

<sup>30</sup> Art. 16 Soeverein Besluit Willem I, 11 december 1813, zgn. Geesel- en worgbesluit.

<sup>31</sup> G.A.van Hamel/ J.V.van Dijk, *Inleiding tot de studie van het Nederlansche strafrecht*, Haarlem en 's-Gravenhage: De Erven F. Bohn/Belinfante 1927, p. 576

<sup>32</sup> Uit het commentaar van het Hoog Nationaal Gerechtshof aan Koning Lodewijk Napoleon, 1806, O. Moorman van Kappen, *De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek 1801 en 1804, Deel II, Het Ontwerp-Lijfstraffelijk Wetboek 1804*, uitg. door W. Frouws en B.H.A. van der Woude met medew. van A. Postma en A.J. van Weel, Zutphen: Walburg Pers 1982, p. 74.



zaken tot in het oneindige, zouden tot aan de invoering van de Franse wetgeving op 1 maart 1811 hun gezag<sup>33</sup> houden. De vastlegging van de kracht van een gewijsde en het verbod van een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit rekenden dus pas in 1811 af met die jarenlange praktijk. Het lijkt niet waarschijnlijk dat men van die pas bevochten waarborgen tegen een tweede vervolging zo snel weer afstand wilde doen.

Het door de Hoge Raad gehanteerde ruime feitsbegrip blokkeerde vervolging van een niet in de telastelegging opgenomen delict dat met de eerst berechte zaak samenhang. Dit was, gelet op de eerder vermelde verwijzingsmogelijkheden, geen probleem. Ook niet na de inwerkingtreding van het wetboek van strafvordering van 1838. De eerste rechter – vaak de lagere rechter – werd geacht zichzelf onbevoegd (of het OM niet ontvankelijk) te verklaren door – buiten de telastelegging om – vast te stellen dat het hem voorgelegde feit samenhang met een feit dat niet tot zijn competentie behoorde (of in eendaadse samenloop met een zwaarder feit was gepleegd).<sup>34</sup> Deze grondslagverlating *avant la lettre* werd opgehangen aan art. 203 Sv 1838, de voorloper van ons huidig art. 312 Sv, waarin het OM de bevoegdheid krijgt om de verzwarende omstandigheden aan de akte van beschuldiging toe te voegen, en aan art. 253 Sv 1838 waarin een verwijzingsbevoegdheid was opgenomen voor de lagere rechter indien het feit met een straf was bedreigd die tot de competentie behoorde van de hogere rechter. Zo kon een kantonrechter die vaststelde dat er niet alleen sprake was van een overtreding maar ook van een misdrijf, zich onbevoegd verklaren.<sup>35</sup> Datgene wat de rechter buiten de telastelegging om in aanmerking mocht nemen, werd bepaald door het feitsbegrip uit de regel *non bis in idem*.<sup>36</sup> Met een onbevoegdverklaring lag de zaak open voor nieuwe vervolging, nu bij de rechtbank. De formele einduitspraak blokkeerde een tweede vervolging immers niet. Dit uitgebalanceerde systeem was gebaseerd op een ruime opvatting omtrent de zogenaamde grondslagleer: de rechter mocht voor wat betreft de bevoegdheidsvraag (en die naar de ontvankelijkheid) buiten de grondslag van de telastelegging treden. Het lijkt alleszins op dat van de Code. En zoals ik straks zal laten zien, is ook het huidige Duitse stelsel op dit punt met de Code te vergelijken.

---

<sup>33</sup> Of zij de status van wet hadden is een omstreden onderwerp; dat zij in de Nederlanden gezag hadden is algemeen aanvaard.

<sup>34</sup> HR 3 mei 1897, *WvHR* 6965 over de uitleg van art. 203 jo. artt. 235, 236 en 253 Sv 1838.

<sup>35</sup> Uit de woorden van J. De Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering (etc), deel II*, Amsterdam: Johannes Müller 1840, p. 530, kan worden opgemaakt dat de regeling tevens gezien moet worden als een afbakening van bevoegdheden tussen zittende en staande magistratuur. Hij schrijft: 'de handhaving van het regt en het belang van den Staat vorderen echter, dat de regter het feit met al deszelfs aankleven moet kunnen onderzoeken, en dat geene misdaden ongestraft mogen blijven'. Deze 'strijd' is uiteindelijk in het voordeel van het OM is beslist (opportuiniteitsbeginsel).

<sup>36</sup> De Bosch Kemper 1840 (*supra* noot 35) bij art. 203 Sv 1838, p. 530.

Het systeem werkte echter niet als de eerste rechter de zaak – vaak een overtreding – toch inhoudelijk had afgedaan, en er dus een materiële einduitspraak tot stand was gekomen, waardoor de tweede rechter, vanwege een ruim gehanteerd feitsbegrip, het OM niet-ontvankelijk moest verklaren. Dit deed zich op zeker moment met regelmaat voor. De lagere rechter was kennelijk niet altijd meer zo geneigd buiten de telastelegging te kijken.<sup>37</sup> Rummelink zoekt de oorzaak daarvan in een veranderende maatschappij waarin veel meer plaats werd ingeruimd voor het ordenend recht en in de grotere ‘actieradius van de menselijke handeling’, door inschakeling van organisaties en instrumenten’.<sup>38</sup> Door al deze veranderingen werd het systeem uit balans gebracht.

In 1932 greep de Hoge Raad in en verengde het feitsbegrip, eerst voor wat betreft art. 55 Sr, in het Oude Kijk in ’t Jatstraat-arrest, en vervolgens voor wat betreft art. 68 Sr in het arrest Brakelse kermis.<sup>39</sup> Deze jurisprudentiële ommezwaai sloot aan op de gegroeide praktijk, waarin de rechter niet meer buiten de telastelegging keek, of zich niet bevoegd voelde om annexe feiten bij zijn beoordeling te betrekken. In de gevallen waarin de rechter nog wel buiten de telastelegging keek, stak de HR daar bovendien in 1933 een stokje voor.<sup>40</sup> De rechter werd toen door een andere interpretatie van art. 348 Sv ook voor de vaststelling van zijn bevoegdheid (en voor de ontvankelijkheid van het OM) strikt gebonden aan de telastelegging. De minder ruime toepassing van het verbod van herhaling door middel van het engere feitsbegrip zoals dat sinds 1932 gold, kwam daarbij goed van pas. Immers zou een gelijkblijvend, dus ruim, feitsbegrip bij een verengde grondslagleer tot nog meer ongewenste resultaten hebben geleid.<sup>41</sup> Zo blijken de grondslagleer en art. 68 Sr ten nauwste met elkaar verweven. Daarin had Taverne, die sprak van een ‘innige samenhang’ gelijk.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> G.E. Langemeyer, ‘Het onderwerp van het strafproces’, *NJB* 1931, p. 669-678 beschrijft dat dit zelfs de dagelijkse praktijk was.

<sup>38</sup> J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 598.

<sup>39</sup> HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, p. 1659. Zie over deze omslag in de jurisprudentie van de HR J.M. van Bemmelen, ‘Nemo debet bis vexari’, *WvLR* 1934, 12736. Schr. behandelt de vraag in hoeverre de HR de ne bis in idem-regel terecht inkrimpt en in hoeverre rechtszekerheid geweld wordt aangedaan ten koste van proceseconomie. Zie voorts Krabbe 2005 (*supra* noot 4), p. 340.

<sup>40</sup> Taverne, die medeverantwoordelijk was voor dit arrest, vond de geschetste gang van zaken niet erg efficiënt, B.M. Taverne, Art. 348 Wetb. V. Strafv. “Een principiele beslissing”, *NJB* 1933, p. 251-258.

<sup>41</sup> Hof Arnhem 1 oktober 1931, *NJ* 1932, p. 909.

<sup>42</sup> Taverne 1933 (*supra* noot 40), p. 256 e.v. Hij doelt in de eerste plaats op de samenhang tussen art. 55 Sr en 348 Sv maar voegt daar even later art. 68 Sr aan toe met de aanduiding ‘non-bis-in-idem-pantser’.

Tot hier gekomen in mijn onderzoek had ik in de doctrine slechts één opvatting over oorzaak en gevolg ontmoet, en wel die uit het motto van deze bijdrage. Maar op het moment dat ik Dirk Herman de Jongs dissertatie er nog eens op nasloeg, bleek er nog een andere opvatting te bestaan. Taverne zag namelijk – anders dan ik hiervoor schetste – de ruime uitleg van het feitsbegrip niet als een *gevolg* maar als de *oorzaak* van de inrichting van het strafproces, in casu van de ruime grondslagleer. In zijn opvatting had de ruime uitleg van art. 348 ‘alleen maar gediend – en daarin ook haar *rechtvaardiging* gevonden – om de nadelen van het vroegere vrij ruime feitsbegrip op te vangen’, zoals De Jong het samenvatte.<sup>43</sup> En De Jong lijkt er hetzelfde over te denken: ‘Hoewel vanaf de vijftiger jaren duidelijk uit de jurisprudentie van de HR naar voren komt, dat het met de verenging van het feitsbegrip in art. 68 Sr. “zo’n vaart niet loopt”, heeft de hoogste rechter na 1933 nooit getornd aan zijn toen ingenomen standpunt met betrekking tot de grondslagfunctie van de telastelegging.’<sup>44</sup> Uit het gebruikte voegwoord ‘hoewel’ in de aanhef van deze zin kan – als ik mij hier een kleine taalkundige uitweiding mag veroorloven, en dat mag ik, aangezien deze bijdrage wordt opgedragen aan de woordpurist Dirk Herman de Jong – worden afgeleid dat hij hier een tegenstelling signaleert. Het had kennelijk volgens de auteur voor de hand gelegen als de grondslagleer met het feitsbegrip was meeveranderd. Als ik in de terminologie en de geest van De Jong zou voortgaan, kan ik deze ommekeer van het causale verband niet anders dan als een ‘opwindende’ ervaring beschouwen. Want wie heeft er nu gelijk? Tegen het standpunt van Taverne en De Jong<sup>45</sup> pleit hetgeen ik hiervoor naar voren heb gebracht, met als belangrijkste troef de uiteenzetting van Garraud. Voor hun standpunt is te zeggen dat de Hoge Raad de processuele verandering inzette met een wijziging van het feitsbegrip. Pas later volgde zijn gewijzigde opvatting over de grondslag (art. 348 Sv).

Het volgorde-argument acht ik echter niet doorslaggevend. De Hoge Raad is voor een eventuele koerswijziging immers afhankelijk van wat hem wordt aangeboden; hij zet deze niet zelf in. Wel opvallend is het bijna geheel samenvallen van beide beslissingen, die over de uitleg van het feitsbegrip en die over de gebondenheid aan de grondslag der telastelegging: zij volgden elkaar op in een tijdsbestek van zeven maanden, terwijl het bestaande systeem meer dan een eeuw oud was. Dit gegeven gecombineerd met de zienswijze van Taverne, die zelf (mede) de hand had in de be-

---

<sup>43</sup> D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 8.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>45</sup> En ook J. Boksem lijkt er zo tegenaan te kijken, zie zijn *Op den grondslag der telastelegging. beschouwingen naar aanleiding van het Nederlandse grondslagstelsel* (diss. Nijmegen), Nijmegen: AA Libri 1996, (p. 94 en) p. 131: ‘In dit hoofdstuk (Duitsland, wvh) werd bevestigd dat het feitsbegrip dat door de rechter wordt gehanteerd bepalend is voor de mate waarin de rechter wordt gebonden door de telastelegging’.

sproken arresten, lijkt het er veeleer op dat de Hoge Raad in 1932 naar een nieuwe samenhang tussen procesrecht en feitsbegrip heeft gezocht. Dat streven spreekt ook uit de slotzin van Taverne: 'De natuurlijke orde, de handhaving van de telastelegging als grondslag voor alle door de rechter te geven beslissingen, kon in volle heerschappij worden hersteld'. Het klinkt ietwat demagogisch en ik vraag mij af of het juist is om te spreken van 'herstel in de oude toestand'. Immers, net als Garraud, omschrijft ook De Bosch Kemper – in 1840 – het onderzoek op basis van de akte van beschuldiging, als een onderzoek naar het materiële feit 'met al deszelfs aankleven'.<sup>46</sup>

Ik zal dit kip-of-ei-verhaal nu echter even laten rusten om mijn hypothese te toetsen aan de situatie in nog een derde land.

#### 4. Duitsland

Ook in Duitsland heeft de telastelegging (*Anklage*) een informatie- en een waarborg-functie en ook in Duitsland geldt het *ne bis in idem*-beginsel. Het beginsel is er zelfs uitgedrukt in de grondwet, nadat was gebleken dat het nationaal-socialisme in staat was geweest het geheel buiten werking te stellen. Het in het huidige Duitsland gehanteerde feitsbegrip is echter veel ruimer dan hier. *Tat*, in de zin van art.103-3 Grundgesetz, omvat volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof '*nicht nur den vor der zugelassenen Anklage umschriebenen Vorgang, sondern auch das gesamte Verhalten eines Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorgang nach Auffassung des Lebens eine Einheit darstellt, deren Aburteilung in getrennten Verfahren zu einer unnatürlichen Abspaltung eines zusammengehörenden Geschehens führen würde*'.<sup>47</sup> Dit betekent bijvoorbeeld, dat de pleger van een bankoverval die met de auto was weggevlucht, maar op dat moment niet over een geldig rijbewijs had beschikt, en die eerst was vervolgd wegens rijden zonder rijbewijs, niet meer voor de bankoverval terecht hoefde te staan. De tweede vervolging werd in strijd geacht met art. 103 van de Grondwet. De feiten hadden naar het oordeel van het Bundesgerichtshof niet mogen worden gesplitst omdat de wijze waarop de overvalder vluchtte een wezenlijk onderdeel van de overval had uitgemaakt.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> De Bosch Kemper 1840 (*supra* noot 35), p. 312 e.v., over de akte van beschuldiging, i.h.b. p. 316, 317 en p. 530.

<sup>47</sup> BGH 1 oktober 1997, *Neue Juristische Wochenschrift* (1988), p. 168.

<sup>48</sup> BGH 11 april 1995, NStZ 96, 41, genoemd in Th. Kleinknecht, K. Meyer en O.G. Schwarz, Lutz Meyers-Gossners' *Strafprozessordnung*, München: Beck 2001, bij art. 264, opm.2a. Zie ook de scriptie van H.A. Attema, *De toepassing van het beginsel Ne bis in idem in het Duitse nationale en internationale recht*, Groningen juli 2000. Schr. verwijst naar dezelfde uitspraak in *Strafverteidiger* (1996), p. 472-473.

Dit strenge verbod op een tweede vervolging als gevolg van de hantering van een ruim feitsbegrip is terug te voeren op de inrichting van het strafproces. Het is een strafproces dat wordt beheerst door het legaliteitsprincipe, inhoudende dat in beginsel elk strafbaar feit wordt vervolgd. Wordt een zaak eenmaal aan de rechter voorgelegd dan moet deze het feit in volle omvang kunnen onderzoeken. De wet draagt de rechter zelfs op hiertoe controle uit te oefenen over het OM. *Alle* omstandigheden van een bepaald delict dienen door hem te worden berecht.<sup>49</sup> Bij het onderzoek naar de zaak is daarom de rechter – expliciet – *niet* aan de omschrijving van het feit in de *Anklage* van het OM gebonden (art. 264 lid a StPO).<sup>50</sup> De rol van de strafrechter bij de vaststelling van het voorwerp van zijn onderzoek (de grondslag) is dus groter dan die van de Nederlandse rechter nu, maar een zekere parallellie met de negentiende-eeuwse praktijk in Nederland is zeker te ontwaren. Onder deze inrichting van het strafproces klinkt het legaliteitsbeginsel als *leitmotiv*. De Duitse rechter wordt als een gevolg van dit beginsel minder gebonden aan de oorspronkelijke *Anklage* en dit blijkt nu als verrassend effect te hebben dat het een grotere bescherming biedt tegen een tweede vervolging. Strafproces en feitsbegrip vormen zo een samenhangend geheel en de hantering van het ruime feitsbegrip komt dus alleszins verantwoord voor.

## 5. Schengen

In art. 54 van de Schengen-Uitvoeringsovereenkomst (SUO) is internationale werking aan het ne bis in idem-beginsel toegekend. Het artikel luidt: *‘Een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een Overeenkomstsluitende Partij is berecht, kan door een andere Overeenkomstsluitende Partij niet worden vervolgd terzake van dezelfde feiten, op voorwaarde dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende Overeenkomstsluitende Partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden’*. Het feitsbegrip kan niet worden ingevuld door Schengenprocesrecht want de toepassing van het commune nationale strafrecht is een nationale aangelegenheid. Ik gebruik dit voorbeeld dan ook niet om te onderzoeken of ook hier procesrecht en feitsbegrip elkaars complementen zijn maar om te laten zien hoe in deze materie de invulling van het feitsbegrip en het gewijsde beide worden gekleurd door de doelstellingen van het verdrag. Daarbij is de toepassing van artikel 54 SUO aan de rechters van de lidstaten, maar de hoogste rechter die zich over de uitleg uitspreekt, is – sinds

<sup>49</sup> Zie hierover ook Boksem 1996 (*supra* noot 45), p. 110 e.v.

<sup>50</sup> Art. 264 StPO: 1. *Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt.* 2. *Das gericht ist an die Beurteilung der Tat, die dem Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden.* Zie ook art. 207 StPO over het besluit van de rechtbank tot opening van het eindonderzoek en de eventueel daarbij horende wijzigingen in de aanklacht, ook besproken door Boksem 1996 (*supra* noot 45), p. 101 e.v.

het Verdrag van Amsterdam –<sup>51</sup> het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het Hof kan door de rechters van de lidstaten die hiervoor hebben geopteerd, worden geadiëerd. Het heeft inmiddels vier arresten gewezen waarin een inhoudelijke uitleg van art. 54 SUO wordt gegeven. Deze uitleg is opvallend ruim.

Het eerste arrest (in de gevoegde zaken Gözütk en Brügge) ging over de uitleg van de begrippen ‘onherroepelijke berechting’ en ‘vonnis’ in artikel 54 SUO.<sup>52</sup> De vraag was of het in dat artikel verankerde *ne bis in idem*-beginsel mede van toepassing was op procedures die waren geëindigd door de voldoening aan een transactievoorstel van het OM c.q. een minnelijke schikking met het Staatsanwaltschaft. Het Hof beantwoordde deze vragen bevestigend. ‘De omstandigheid dat in een dergelijke procedure geen rechter tussenkomt en dat de beslissing waartoe de procedure leidt, geen vonnis is’, doet daar niet aan af. Beslissend is dat de boete wordt opgelegd door een autoriteit die in de betrokken rechtsorde deelneemt aan de strafbedeling en dat de boete in die procedure geldt als een straf.<sup>53</sup> In de zaak Van Straaten<sup>54</sup> was de vraag aan de orde of ook een vrijspraak als onherroepelijke berechting moest worden beschouwd en in de zaak Gasparini e.a.<sup>55</sup> of aan een ‘vrijspraak’ wegens verjaring van de feiten in de ene lidstaat *ne bis*-werking moest worden toegekend in de andere lidstaat. Ook deze vragen werden bevestigend beantwoord. Nationale verjaringstermijnen krijgen op deze manier dus internationale gelding.

In de zaken Van Esbroeck<sup>56</sup> en Van Straaten beantwoordde het Hof de vraag of er sprake was van hetzelfde feit in geval het ene land de invoer van drugs had vervolgd en het andere land daarna de uitvoer van (ongeveer) dezelfde partij wilde vervolgen.<sup>57</sup> Wederom antwoordde het Hof positief. Tijdstip noch kwalificatie van de gepleegde feiten behoeven identiek te zijn om te kunnen spreken van hetzelfde feit in de zin van art. 54 SUO. Een zelfde kwalificatie mag alleen al daarom niet worden geëist, nu immers elk land een eigen strafwet en dus een eigen nationale delictomschrijving hanteert. Om dezelfde reden kan ook geen identiteit van het beschermde

<sup>51</sup> Zie voor een uitleg hoe de bevoegdheid van het Hof juridisch is geconstrueerd de conclusie van de A-G Colomer van 19 september 2002 in de zaken C-187/01 en C-385/01 (Gözütk en Brügge), nrs. 29 e.v.

<sup>52</sup> Hof van Justitie, 11 februari 2003, C-187/01 en C-385/01 (Gözütk en Brügge).

<sup>53</sup> Gözütk en Brügge, r.o. 31 jo. 28 en 29.

<sup>54</sup> Hof van Justitie, 28 september 2006 C-150/05 (Van Straaten).

<sup>55</sup> Hof van Justitie 28 september 2006, C- 467/04, (Gasparini e.a.).

<sup>56</sup> Hof van Justitie, 9 maart 2006 C- 436/04 (Van Esbroeck).

<sup>57</sup> Over de Belgische rechtspraak voordat het Europese Hof van Justitie zijn eerste uitspraken deed, zie: W.F. van Hattum, ‘Grensoverschrijdende drugshandel in de Schengenstaten: geen ‘status aparte’. Een kritische noot bij de benadering van de *ne bis in idem*-regel in artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst door het Hof van Cassatie, 29 juni 1999, Arr. 1999, p. 408’, *Panopticon*, mei/juni 2001, p. 239-258.

rechtsgoed worden verlangd.<sup>58</sup> Het 'enig relevante criterium' voor de toepassing van art. 54 SUO is de gelijkheid van materiële feiten, begrepen als *het bestaan van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn*.<sup>59</sup> In- en uitvoer van dezelfde partij drugs in twee (of meer) verschillende lidstaten moeten daarom in beginsel worden beschouwd als dezelfde feiten. De uiteindelijke beoordeling van die vraag is echter aan de rechter die over de feiten oordeelt. Het Hof wijst daarbij op de door Nederland naar voren gebrachte criteria om van een voldoende samenhang te kunnen spreken. Het moet gaan om *materiële feiten die een geheel van feiten vormen die onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden naar tijd en plaats en wat het voorwerp ervan betreft*.<sup>60</sup> Het is niet van belang dat in de beide zaken verschillende mededaders zijn betrokken geweest en ook niet dat de hoeveelheid verboden middelen niet geheel gelijk is. Ook wordt de eis van gelijktijdigheid of identiteit van plaats niet gesteld. Van Esbroeck was in Noorwegen aangehouden voor de invoer van drugs, en werd in België vervolgd voor de uitvoer, een dag eerder gepleegd. Van Straaten was in Nederland veroordeeld voor bezit van drugs en vrijgesproken van invoer, en werd in Italië gezocht voor de uitvoer naar Nederland. De eerste vonnissen stonden in de weg aan de tweede vervolging.

De oorzaak van deze ruime leer moet worden gezocht in de doelstelling van de Schengenuitvoeringsovereenkomst als onderdeel van doelstellingen van de Europese Unie. Het doel van artikel 54 SUO is immers 'te voorkomen dat een persoon die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer, daardoor voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van verschillende overeenkomstsluitende staten'.<sup>61</sup> Het hof overweegt dat 'dit recht op vrij verkeer slechts met succes gewaarborgd wordt indien de dader van een handeling weet dat hij na zijn veroordeling en het ondergaan van zijn straf of, in voorkomend geval, na de onherroepelijke vrijpraak in een lidstaat, zich binnen de Schengen-ruimte kan verplaatsen zonder te hoeven vrezen dat hij wordt vervolgd in een andere lidstaat, die aanvoert dat deze handeling in zijn rechtsorde een ander delict oplevert'.<sup>62</sup> Artikel 54 SUO kan aan het vrij verkeer slechts nuttig bijdragen als de bepaling niet te eng wordt uitgelegd. Ook de bewoordingen van het artikel vormen daarom geen belemmering voor een ruime uitleg.<sup>63</sup>

De rechtspraak over de jongste loot aan de stam van het ne bis in idem-beginsel laat zien dat de invulling van het feitscriterium welhaast van politieke aard is. De toepassing van het beginsel moet het vrij verkeer van personen dienen. Het is dus net als

---

<sup>58</sup> Van Esbroeck r.o. 31, 32 en 35 en Van Straaten r.o. 47.

<sup>59</sup> Van Esbroeck r.o. 36, Van Straaten r.o. 48.

<sup>60</sup> Van Esbroeck r.o. 38, Van Straaten r.o. 52.

<sup>61</sup> Van Esbroeck r.o. 33, Van Straaten r.o. 45.

<sup>62</sup> Van Esbroeck, r.o. 34, Van Straaten r.o. 46.

<sup>63</sup> Gözütok en Brügge, r.o. 42.

op nationaal niveau de doelstelling van het grotere geheel die de uitkomst bepaalt. Op nationaal niveau is het een redelijke, maatschappelijk aanvaardbare uitkomst van de toepassing van het nationale strafrecht, één die past binnen de eisen van gerechtigheid en rechtszekerheid. Op Schengen-niveau slaat de wijzer door naar de doelstellingen van de vrije ruimte. Bij het ontbreken van harmonisatie van het strafrecht van de lidstaten kon de uitkomst van de aan het Hof voorgelegde vragen welhaast niet anders uitvallen. De inhoud van art. 54 SUO zou anders zinledig zijn. Wellicht geeft de uitleg van het Hof aanleiding om de uitoefening van strafmacht te bundelen.

Dit laatste voorbeeld laat zien dat in internationale misdrijven justitie moet anticiperen op de mogelijkheden die het strafproces biedt. Dat geldt nationaal net zo. Dit uitgangspunt komt ook aan de orde bij de laatste kwestie die ik aan wil snijden, de samenhang tussen ne bis in idem en de mogelijkheid tot wijziging van de telastelegging.

## **6. De consequentie van de wijziging van art. 313 Sv**

De meest recente wijziging die in direct verband staat met het feitsbegrip in art. 68 Sr is de wijziging van art. 313 Sv door de wet van 2 november 1996.<sup>64</sup> De jurisprudentie die deze wijziging heeft voortgebracht, wordt in deze bundel besproken door Krabbe. Eén van zijn conclusies is, dat als gevolg van de wijziging art. 68 Sr minder toepassing zal vinden. Dat denk ik ook. De problemen – meestal het ontdekken van meer van hetzelfde of van zwaardere omstandigheden waaronder het feit is begaan – worden immers tijdens het eerste proces al opgelost door die omstandigheden alsnog aan de telastelegging toe te voegen. Maar anders dan Krabbe voorzie ik nog wel een opleving van de art. 68 Sr-rechtspraak voordat weer een nieuw evenwicht is bereikt. Want hoewel er eigenlijk niet meer is veranderd dan dat het moment is verlegd waarop de wijziging van de telastelegging uiterlijk kan worden gevorderd, terwijl de grenzen waarbinnen de wijziging geoorloofd is naar de letter van de wet gelijk zijn gebleven – namelijk die van art. 68 Sr – lijkt toch het gevolg van de wetswijziging te zijn dat het feitsbegrip enigszins wordt opgerekt. Zo kan een periode van ruim 4 jaar worden toegevoegd aan een telastelegging van lidmaatschap aan een criminele organisatie en een periode van een jaar aan de telastegelegde zedendelicten.<sup>65</sup> Die laatste wijziging ontlokt Buruma de opmerking dat dit ‘niet geheel spoort met de normale interpretatie van art. 68 Sr’. De eerstgenoemde wijziging ‘spoort’ naar zijn mening wel, omdat het daar gaat om een voortdurend delict (lidmaatschap van een criminele organisatie). Daarvan is bij de zedendelicten

<sup>64</sup> Wet Vormverzuimen, 14 september 1995, *Stb.* 1995, 441, in werking getreden 2 november 1996.

<sup>65</sup> HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 245 m.n. YB.



geen sprake. Ook werd onder de vlag van art. 313 Sv een delict van een andere strekking aan de telastelegging toegevoegd. Dat kan zolang het toegevoegde delict niet van een *wezenlijk* andere strekking is (Tjoelkercriterium). Aan de oorspronkelijk telastegelegde doodslag en mishandeling de dood ten gevolge hebbend, werd i.c. toegevoegd 'iemand in hulpeloze toestand achterlaten'.<sup>66</sup> Knigge, in zijn noot onder dit arrest, noemt de toegestane wijziging 'weinig opzienbarend', maar signaleert in dezelfde noot wel dat 'het OM vaker dan voorheen bereid is met zijn wijzigingsvorderingen de grenzen van art. 68 Sr op te zoeken'. Knigge schrijft dit toe aan 'het verbleken van de tirannie van de tenlastelegging en de toegenomen weerzin tegen 'onterechte' vrijspraken'. Hetzelfde arrest heeft bij Machielse echter de vraag opgeroepen of er tussen 313 Sv en 68 Sr wel sprake is van 'volkomen parallelie'.<sup>67</sup> Hij ziet het toestaan van de toevoeging als een gevolg van 'een soort concentratiebegin-sel'. Machielse doelt daarmee op de uit oogpunt van rechtszekerheid van het OM te verwachten – en daarom vereiste – bundeling in één vervolging van de diverse schuldverwijten die uit een zelfde feitencomplex kunnen ontstaan. Ook Krabbe signaleert enige beweging op het front van het feitsbegrip. Hij signaleert een geval 'waarin de tijd, de gedragingen en de delictsomschrijvingen voor en na de wijziging van de tenlastelegging uiteenlopen en toch hetzelfde feit wordt aangenomen'.<sup>68</sup>

De door Buruma, Machielse en Krabbe gesignaleerde 'beweging' in het leerstuk van het feitsbegrip lijkt echter niet beperkt te blijven tot art. 313 Sv. Ook de rechtspraak inzake art. 68 Sr lijkt ietsje op te schuiven. Ik leid dat af uit HR 29 maart 2005, LJN AR8401, een arrest dat (nog) niet is gepubliceerd in de NJ. Het is het enige gepubliceerde arrest van de HR inzake de uitleg van het feitsbegrip in art. 68 Sr naar aanleiding van een klacht over een tweede vervolging van het afgelopen decennium. Het betreft een zedenzaak, en het ging om het volgende. In de eerste vervolging was bewezen verklaard dat de verdachte van 1 november 1997 tot en met 29 oktober 1998 ontucht had gepleegd met een aan zijn zorg toevertrouwd minderjarig meisje, de oudste dochter van zijn vriendin. De gedragingen bestonden uit het betasten van haar lichaam en het zich laten pijpen door dat meisje (249 Sr). In de tweede vervolging was telastegelegd en bewezenverklaard dat dezelfde verdachte in de periode van december 1997 tot en met januari 1998 – dus een tijdvak binnen dat van de eerste zaak – met diezelfde minderjarige, die tussen 12 en 16 was, samen met de moeder van het meisje een vibrator in de vagina van het meisje had ingebracht, en dat hij meermalen geslachtsgemeenschap met dat meisje had gehad (245 Sr).

Het Gerechtshof Leeuwarden verwierp het beroep op niet-ontvankelijkheid van het OM omdat de tweede vervolging betrekking had op 'andere handelingen dan waarvoor de verdachte eerder onherroepelijk was veroordeeld'. Geslachtsgemeen-

<sup>66</sup> HR 30 september 2003, NJ 2005, 70 m.n. Kn, LJN AF9665.

<sup>67</sup> A-G Machielse, conclusie voor HR 29 maart 2005, LJN AR88401, onder 3.10.

<sup>68</sup> Hof Amsterdam van 2 maart 2001, NJ 2001, 354.

schap en seksueel binnendringen met een vibrator waren in de eerste zaak immers niet ten laste gelegd of bewezenverklaard. De Hoge Raad begreep de overweging van het hof zo, ‘dat tussen geen van de destijds bewezenverklaarde en de thans tenlastegelegde en bewezenverklaarde gedragingen een zodanig verband bestaat met betrekking tot de gelijktijdigheid en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte dat sprake is van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr’, het Emmense bromfietser-criterium. De Hoge Raad achtte dit oordeel niet zonder meer begrijpelijk. Er lag namelijk een uitvoerige aangifte van het meisje die deels door het hof voor het bewijs was gebruikt. In deze aangifte deed het meisje verslag van de periode vanaf december 1997 dat zij thuis – aanvankelijk in aanwezigheid van haar moeder – maar later alleen door haar moeders partner (de verdachte) bijna dagelijks werd gedwongen tot seksuele handelingen, waaronder de gedragingen die niet in de eerste telastelegging en bewezenverklaring waren opgenomen. Uit deze aangifte leidt de Hoge Raad af dat ‘niet valt uit te sluiten dat een of meer van de nu ten laste gelegde en bewezenverklaarde gedragingen zijn verricht *bij gelegenheid van, en dus gelijktijdig en in directe samenhang met* (curs. wvh) gedragingen waarop de eerste veroordeling betrekking had. In dat geval kan niet worden gezegd dat een verband als hiervoor bedoeld ontbreekt’. Indien dus zou worden vastgesteld dat de nieuw ontdekte gedragingen *bij gelegenheid van, en dus gelijktijdig en in directe samenhang met* de eerdere zijn gepleegd, moeten zij als onherroepelijk afgedaan worden beschouwd, ook indien deze handelingen niet bekend waren aan de eerste rechter. Het is een consequentie die door A-G Machielse onaanvaardbaar wordt geacht, ook omdat volgens Machielse de verdachte ‘aan niets’ het vertrouwen heeft kunnen ontnemen dat hij ter zake van die later aan het licht gekomen gedragingen niet meer vervolgd zou worden. Machielse kwam dan ook tot een andere conclusie.<sup>69</sup>

Hoe deze uitspraak nu te duiden? Het door de HR gehanteerde feitscriterium is nog steeds dat van de Emmense bromfietser, maar het krijgt toch een iets andere lading door het gebruik van de woorden ‘*bij gelegenheid van, en dus gelijktijdig en in directe samenhang met*’. Deze woorden kunnen licht verkeerd worden opgevat. Ik denk namelijk niet dat bedoeld wordt dat steeds wanneer er sprake is van gelijktijdigheid en samenhang, ook sprake is van hetzelfde feit. Dan zouden we terugkeren naar de brug bij Nederhemert. Met ‘samenhang’ is bedoeld op de feitelijke en de juridische samenhang, zoals in het Emmense bromfietser-criterium, waarnaar de Hoge Raad in dezelfde regel verwijst. Maar, zoals in de eerste paragraaf van deze bijdrage opgemerkt, ligt het feitsbegrip daar niet mee vast. En hetzelfde criterium had licht tot een andere uitkomst kunnen leiden, zoals uit de conclusie van Machielse blijkt. Onderhavig arrest lijkt daarom een stapje in de richting van het eerder aannemen van de vereiste samenhang voor toepassing van art. 68 Sr, met als criteria dat de feiten

---

<sup>69</sup> A-G Machielse, conclusie voor HR 29 maart 2005, LJN AR88401.

zijn begaan bij gelegenheid van, en dus gelijktijdig en in directe samenhang met het eerst berechte feit. Het is een stapje dat in zeker zin voorvoeld is door Buruma.

Zowel Buruma als Machielse nu achten de verruiming van het feitsbegrip in 313 Sv wel zinvol en verdedigbaar maar de voortzetting daarvan in art. 68 Sr niet. Zij opteren voor een tweesporenbeleid: dat van een iets ruimer feitsbegrip te behoeve van de wijziging van de telastelegging en een iets enger feitsbegrip ten behoeve van een tweede vervolging. Ik neem aan dat het eerste wordt ingegeven door de behoefte aan efficiëntie en rechtszekerheid en het tweede door de eis van gerechtigheid. Dit lijkt mij echter geen juiste benadering van het feitsbegrip. Het is van tweeën één. Of de marge van de wijziging blijft zoals die was of het verbod van een tweede vervolging wordt even ruim als de marge waarin de wijziging mag plaatsvinden. Gerechtigheid en rechtszekerheid zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden. Zij vinden hun balans in art. 68 Sr, als een resultaat van het gehanteerde strafprocesrecht. De ratio van art. 68 omvat beide doelen. De reacties van Buruma en Machielse lijken die bipolaire doelstelling van 68 Sr uit het oog te verliezen. Ik zie dit als onwennigheid met de nieuwe situatie. Indien echter bedacht wordt dat het feitsbegrip tot stand komt in samenhang met het strafproces en daarin vorm krijgt, is de verruiming makkelijker te accepteren. In dat verband komt het concentratiebeginsel van Machielse mij heel overtuigend voor.

De verruiming van de mogelijkheid om de telastelegging gaande het proces te wijzigen, komt een efficiënte procesgang immers ten goede, maar schept ook verplichtingen. Het betekent dat het OM ervoor moet waken dat een zaak voldoende is uitgerechercheerd voordat die aan de rechter wordt voorgelegd. Zijn bezwaar dat de rechter van de verzwarende omstandigheden niet heeft kunnen weten en de verdachte niet heeft kunnen vertrouwen vervalt met de eis van een juiste opsporing.

Als ik het goed zie schuiven wij door de wijziging van 313 Sv een heel klein beetje op in de richting van het Duitse strafproces. Anders dan in Duitsland is de rechter echter niet verplicht toezicht op de werkwijze van het OM te houden. Dat verschil zal vooralsnog voorkomen dat ons feitsbegrip net zo ruim zal zijn als dat in Duitsland. Wel zijn we een beetje dichter bij het feitsbegrip zoals uiteengezet in het leerboek van Van Hamel/ Van Dijk uit 1927: 'een beslissing over vroegere handelingen, sluit een latere vervolging voor latere feiten niet uit; maar belet wel, dat in de latere vervolging ook de vroeger berechte handelingen – zelfs zou ik menen, ook de vroeger *niet* (mijn curs. wvh) berechte, maar in hetzelfde verband behorende – worden begrepen. Zoo (...) zal hij die voor een reeks voortgezette verduisteringen terecht stond, niet nog eens kunnen worden terecht gesteld voor andere verduisteringen, die in de vervolgte groep eveneens hadden kunnen opgenomen zijn, maar daarin niet opgenomen zijn geweest.'<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Van Hamel/ Van Dijk 1927(*supra* noot 31) p. 579, 580.

## 7. Samenvatting

Samengevat luidt mijn hypothese dat hoe groter de ruimte van de strafrechter, hoe meer van het materiële feitencomplex hij tijdens zijn onderzoek zelf kan afdoen, hoe ruimer hij het feitsbegrip zal hanteren en hoe strenger het verbod op herhaling zal zijn. Omgekeerd: hoe meer hij gebonden is, hoe geringer zijn competentie, des te noodzakelijker is de mogelijkheid van een tweede vervolging en dus de noodzaak van een enge uitleg van ‘hetzelfde feit’. Voor deze vooronderstelling geeft de geschiedenis aanknopingspunten evenals de inrichting van het procesrecht in Duitsland. Ook de wijze waarop het feitsbegrip vorm heeft gekregen in het vrije verkeer tussen de Schengenlanden laat de wisselwerking tussen systeem en feitsbegrip zien. De meest recente wijziging op het gebied van de grondslagleer – de verruiming van de bevoegdheid de telastelegging – lijkt de stelling te ondersteunen. De verandering in het strafproces leidt zo op het eerste gezicht tot een iets soepeler hantering van het feitsbegrip.

Ik ben kortom geneigd de oorzaak van de wijziging van het feitsbegrip toe te schrijven aan een wijziging in het procesrecht en niet andersom. Daar is wel anders over gedacht, zoals ik in de paragraaf over Nederland heb laten zien. Toch denk ik dat ook de omslag in het feitsbegrip in de jaren dertig van de vorige eeuw als een gevolg van een wijziging in het procesrecht moet worden gezien, al voltrok die wijziging zich in eerste instantie alleen in de praktijk. Dat de wijzigingsbevoegdheid ex art. 313 Sv door het feitsbegrip van 68 Sr wordt bepaald doet daar niet aan af. Deze wisselwerking vindt plaats binnen het grotere verband van proces als geheel. Ons beider leermeester, Th.W. van Veen, zei mij eens dat ik mij met een onderwerp als ne bis in idem op drijfzand bevond. Ik denk dat hij de beweeglijkheid bedoelde die ik hiervoor heb signaleerd. Eenmaal vastgesteld hebbend dat er sprake is van een wisselwerking, wordt het zaak om de ne bis in idem-regel naar zijn glibberige aard te beschouwen en er niet meer vastigheid in te willen zoeken dan hij bieden kan. Wij zullen ons naar die aard moeten richten. Om een beeldspraak van Dirk Herman de Jong te gebruiken: het feitsbegrip beweegt nu eenmaal mee op de golfslag van het strafproces.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> De Jong, *a.w.*, p. 184, 185.

